

University of Groningen

Wijze raad is halve daad of veel raad maar weinig baat?

Pavillon, C.M.D.S.; Althoff, David

Published in:
Maandblad voor Vermogensrecht

DOI:
[10.5553/MvV/157457672017015003004](https://doi.org/10.5553/MvV/157457672017015003004)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2017

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Pavillon, C. M. D. S., & Althoff, D. (2017). Wijze raad is halve daad of veel raad maar weinig baat? De impact van de Aanbevelingen van de Juristengroep op het wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie. *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2017(3), 104-115.
<https://doi.org/10.5553/MvV/157457672017015003004>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Wijze raad is halve daad of veel raad maar weinig baat?

De impact van de Aanbevelingen van de Juristengroep op het wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie

*Mr. drs. C.M.D.S. Pavillon en D.G.J. Althoff**

1 Inleiding

De Nederlandse *class action* lijkt er nu echt aan te komen. Op 16 november 2016 heeft de minister van Veiligheid en Justitie het wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie (hierna: het Wetsvoorstel) ingediend bij de Tweede Kamer.¹ Aan deze indiening is een lang traject voorafgegaan.² Een opmerkelijke stap in dit voortraject was de presentatie in december 2015 door de zogenaamde *Juristengroep uitvoering motie Dijkma*³ van aanbevelingen die de minister richting dienden te geven bij het opstellen van het Wetsvoorstel. Deze Aanbevelingen zijn gedaan naar aanleiding van de omvangrijke kritiek op het door de minister opgestelde Voorontwerp. Uit deze kritiek kwam naar voren dat er steun is voor de invoering van een collectieve schadevergoedingsactie als 'stok achter de deur', maar dat het Voorontwerp een aantal duidelijke gebreken vertoonde, zoals onvoldoende drempels om dubieuze claimclubs te weren en onvoldoende waarborgen om de aangesproken partij finaliteit te bieden.⁴

De minister heeft ervoor gekozen om de Aanbevelingen van de Juristengroep zo veel mogelijk te volgen en hiervan slechts op een beperkt aantal punten af te wijken, daar waar hij dat 'in het kader van de goede rechtsbedeling noodzakelijk acht(te)'.⁵ In deze bijdrage wordt nagegaan wat de minister met de Aanbevelingen heeft gedaan en of hij er goed aan heeft gedaan om

deze al dan niet over te nemen. De bijdrage is opgebouwd als een tweeluik: eerst komt de invloed van de Aanbevelingen inzake de toegang tot de rechter van belangenorganisaties aan de orde (par. 2) en in de tweede plaats wordt de impact van de Aanbevelingen betreffende de finaliteit van de procedure besproken (par. 3). Door het vizier op de Aanbevelingen te richten wordt de achtergrond van de in het Wetsvoorstel gemaakte keuzes duidelijk zichtbaar.

2 Toegang tot de rechter

2.1 Ontvankelijkheid

Om ontvankelijk te worden verklaard dienden belangenorganisaties in het Voorontwerp voldoende deskundig te zijn ter zake van de rechtsvordering. Ook werden zij geacht de belangen van de gedupeerden op zorgvuldige wijze te behartigen (art. 3:305a lid 5 sub a van het Burgerlijk Wetboek (BW)).⁶ De kritiek op het Voorontwerp richtte zich onder meer op de openheid en onduidelijkheid van de ontvankelijkheidseisen.⁷ De Juristengroep heeft daarom aanbevolen helderdere eisen te stellen aan de kwaliteit en ontvankelijkheid van belangenorganisaties.⁸ Zij pleitte voor een wettelijke verankering van de Claimcode,⁹ een in 2011 ingevoerd zelfreguleringsinstrument dat zekere door praktijk en politiek wenselijk geachte standaarden van deskundigheid, ervaring en transparantie van

* Mr. drs. C.M.D.S. Pavillon is universitair hoofddocent verbintenissenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. D.G.J. Althoff is masterstudent rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Leiden.

1. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 2.
2. Startsein vormde de motie Dijkma in 2011, die leidde tot het Voorontwerp en de consultatieronde in 2014. Na die consultatieronde heeft een aantal stakeholdersbijeenkomsten plaatsgevonden, die op hun beurt zijn uitgemond in de hier te bespreken Aanbevelingen.
3. De Juristengroep bestaat uit Olav Haazen, Femke Hendriks, Niels Lemmers, Jurjen Lemstra, Daan Lusingh Scheurleer en Brechje van der Velden.
4. Aanbevelingen Juristengroep uitvoering motie Dijkma 2015, p. 1. Zie ook het themanummer MvO 2016, afl. 3 & 4, in het bijzonder T.M.C. Arons, Finaliteit, representativiteit en kwaliteitsborging door de rechter. De sleutelbegrippen van het collectief actierecht, MvO 2016, afl. 3 & 4, p. 84-89.
5. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 5.

6. Verder dienden de feitelijke vragen en rechtsvragen voldoende gemeenschappelijk te zijn (sub b), moest de groep gedupeerden van voldoende omvang zijn (sub c), dienden er geen andere efficiënte en effectieve mogelijkheden tot schadeverhaal te zijn (sub d) en moest de belangenorganisatie eerst pogen door middel van overleg met de verweerder tot een oplossing te komen (sub e).
7. M.A.C. Stapel & T. Thuijs, Collectief schadeverhaal in Nederland: we zijn er bijna, maar nog niet helemaal, V&O 2014, p. 188.
8. Aanbevelingen Juristengroep 2015, p. 3.
9. Thans kent deze code slechts reflexwerking via parlementaire stukken en jurisprudentie van het Hof Amsterdam. J.H. Lemstra, Collectieve schadevergoedingsactie. Sluitstuk modernisering collectieve actierecht, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 399; Hof Amsterdam 17 januari 2012, JOR 2012/51 m.nt. B.J. de Jong, r.o. 10.4; Hof Amsterdam 13 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1690, r.o. 6.2.4.

belangenorganisaties stelt.¹⁰ Belangenorganisaties dienen tevens te handelen zonder winstoogmerk.¹¹ Ondeskundige of zuiver commercieel gedreven belangenorganisaties zouden door een codificatie van de Claimcode kunnen worden uitgesloten van de collectieve schadevergoedingsactie. De aan belangenorganisaties gestelde eisen zouden doorlopend moeten zijn en gaandeweg de procedure moeten worden getoetst door de rechter-commissaris.¹² Vereisten voor de kwaliteit van de belangenorganisatie zijn volgens de Juristengroep: *governance*, voldoende financiering, transparantie, juridische kwaliteit, expertise, herkenbaarheid van de bestuurders en evenwichtige voorwaarden voor de aansluiting van individuele gedupeerden.¹³ De groep heeft tot slot aanbevolen de strenge ontvankelijkheidseisen te laten gelden voor zowel belangenorganisaties die een collectieve actie willen instellen als organisaties die een collectieve *schadevergoedings*actie willen instellen.¹⁴ Reden hiervoor is dat het instellen van een collectieve actie als opmaat kan fungeren voor het indienen van een collectieve schadevergoedingsactie.¹⁵

De minister heeft deze Aanbevelingen grotendeels overgenomen. Een aanzienlijk deel van de memorie van toelichting (hierna: MvT) gaat in op de voorgestelde ontvankelijkheidseisen en de *governance*-eisen die daarin centraal staan. Het (bestaande) criterium van voldoende gewaarborgde belangen wordt nader ingevuld met behulp van de Claimcode.¹⁶ Het nieuwe art. 3:305a lid 2 BW stelt strenge eisen aan de kwaliteit en representativiteit van de belangenorganisatie.¹⁷ In het kader van de representativiteit wordt gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen (lid 2 aanhef).

Voorts dienen belangenorganisaties te beschikken over:

- een toezichthoudend orgaan (sub a);
- passende en doeltreffende mechanismen voor de deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt (sub b);
- voldoende financiële middelen (sub c);
- een algemeen toegankelijke internetpagina (sub d) met inzicht in:
 - de organisatie van de belangenorganisatie (i-vi),
 - de stand van zaken in lopende procedures (vii),

- de berekening van de eigen bijdrage van de gedupeerden (indien toepasselijk) (viii),
 - informatie over hoe gedupeerden zich bij de belangenorganisatie kunnen aansluiten en hoe zij deze aansluiting weer kunnen beëindigen (ix);
- voldoende ervaring met en deskundigheid inzake het instellen van een collectieve (schadevergoedings)actie (sub e).

Verder vereist het voorgestelde lid 3 van art. 3:305a BW onder meer dat:

- de bestuurders en opvolgende bestuurders van de belangenorganisatie geen rechtstreeks of middellijk winstoogmerk hebben (sub a);
- de collectieve vordering een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer heeft (sub b) (zie par. 2.3); en
- de belangenorganisatie voldoende moet hebben getracht het gevorderde door het voeren van overleg met de verweerder te bereiken (sub c).

Tot slot vergt lid 5 dat de belangenorganisatie een bestuursverslag en een jaarrekening opstelt en dat het bestuursverslag acht dagen na vaststelling op de internetpagina van de belangenorganisatie wordt gepubliceerd.

De talrijke ontvankelijkheidseisen¹⁸ gelden voor zowel de reeds bestaande collectieve actie als de nieuw voorgestelde collectieve *schadevergoedings*actie. Een breed geformuleerde uitzondering op de voorgestelde ontvankelijkheidseisen bestaat evenwel voor vorderingen ingesteld met een ideëel doel en een zeer beperkt financieel belang of wanneer de aard van de vordering daartoe aanleiding geeft (lid 6). Hiermee krijgt de rechter ruimte om de toegang tot de collectieve actie te waarborgen.

De voorgestelde ontvankelijkheidseisen geven dus ruim gehoor aan de Aanbevelingen van de Juristengroep. Wat het voorstel jammer genoeg buiten beschouwing laat, zijn de aanbevolen ‘evenwichtige’ voorwaarden voor aansluiting bij de belangenorganisatie. In de lange lijst strikte ontvankelijkheidseisen had het hanteren van redelijke algemene voorwaarden niet misstaan.¹⁹ Claimclubs maken maar al te vaak gebruik van opzeggingsbedingen die de grenzen van art. 7:408 en 7:411 BW opzoeken.

Bij de wettelijke verankering van de Claimcode kunnen, zo blijkt uit literatuur en rechtspraak, enkele kanttekeningen worden geplaatst. De vraag is of zij niet een te hoge drempel opwerpt. De rechter lijkt deze mening in zoverre te zijn toegedaan, dat hij het *comply or explain*-principe toepast en in som-

10. Lemstra 2015, p. 399; Commissie Claimcode, De Claimcode 2011.

11. Commissie Claimcode, De Claimcode 2011.

12. Vergelijkbaar met de raadsheer-commissaris in een enquêteprocedure: Aanbevelingen Juristengroep 2015, p. 4-5.

13. Aanbevelingen Juristengroep 2015, p. 4.

14. Aanbevelingen Juristengroep 2015, p. 3-4.

15. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 5.

16. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 18. De minister constateert op basis van onderzoek van Tillema dat het in 2013 in art. 3:305a lid 2 BW ingevoerde criterium ‘voldoende gewaarborgde belangen’ in de praktijk niet heeft geleid tot een andere wijze van toetsen van de ontvankelijkheid, zie I. Tillema, *Commerciële motieven in privaatrechtelijke collectieve acties: olie op het vuur van de claimcultuur?*, AA 2016, p. 337-346.

17. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 18-19.

18. Overigens moet naast de ontvankelijkheid van de organisatie aan de hand van de procesinleiding ook de gemeenschappelijkheid van de zaak worden onderzocht: art. 1018c lid 1 sub c Rv.

19. Zie over door claimclubs gehanteerde onredelijke voorwaarden W.H. van Boom & C.M.D.S. Pavillon, *Meer kans in de Staatsloterij?* Annotatie bij HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178, AA 2015, afl. 10, p. 792-793.

mige gevallen afstand neemt van de strenge eisen uit de code²⁰ (met name op het punt van de financieringsconstructie). Rutten heeft in dit tijdschrift reeds zijn zorgen geuit over een te strikte toepassing van de criteria uit het huidige art. 3:305a lid 2 BW.²¹ Te strenge ontvankelijkheidscriteria kunnen een extra handvat aan de verweerder geven om van de materieel-rechtelijke discussie weg te blijven en om ‘zand in de machine te strooien’.²² Ook betoogt hij dat niet te snel geoordeeld moet worden dat een belangenorganisatie niet-ontvankelijk is. De motieven van de commerciële belangenorganisaties zijn namelijk niet *a priori* onzuiver.²³ Het vragen van een vergoeding door een belangenorganisatie voor het lopen van het volledige procesrisico is geenszins reden om aan te nemen dat de belangen van gedupeerden onvoldoende worden behartigd.²⁴ Sterker nog, commerciële belangenorganisaties dienen een maatschappelijk doel: zorgen voor een *level playing field* voor enerzijds kapitaalkrachtige en deskundige corporaties en anderzijds de individuele gedupeerde.²⁵

Dat de strenge en omvangrijke eisen niet slechts gelden voor belangenorganisaties met een schadeclaim, maar ook voor belangenorganisaties die enkel een verbod, gebod of verklaring voor recht vorderen, stuit voorts op felle kritiek.²⁶ Bauw en Voet vrezen dat deze keuze zal leiden tot een handhavingstekort, waardoor de effectieve en efficiënte handhaving van de rechten van gedupeerden in het geding komt.²⁷ Zij verwijzen naar het onderzoek van Tillema, waaruit volgt dat, hoewel het aantal collectieve acties is gestegen, niet valt te concluderen dat deze stijging is te wijten aan commerciële belangenbehartigers of dat commerciële belangenbehartigers het instellen van lichtzinnige vorderingen hebben aangewakkerd of versterkt.²⁸ Daarnaast maken zij een voorbehoud bij art. 3:305a lid 6 BW. Doordat het begrip ideëel doel niet nader wordt omschreven, zal de rechter dit op discretionaire wijze moeten invullen, wat onzekerheid creëert.²⁹ De wetgever zou er volgens hen goed aan doen meer richting te geven in de toelichting op het Wetsvoorstel door in ieder geval te zorgen dat organisaties die

opkomen voor algemene belangen als milieu en (volks)gezondheid niet in hun vorderingsmogelijkheden worden beperkt.³⁰

Wat te vinden van deze kritiek? De keuze om de strenge ontvankelijkheidseisen voor zowel de collectieve actie als de collectieve schadevergoedingsactie te laten gelden, achten wij de juiste. Het belangrijkste argument hiervoor is dat de vordering van een verklaring voor recht in veel gevallen als opmaat dient voor een collectieve schadeafwikkeling. Voorkomen moet worden dat een ‘gewone’ actie als shortcut wordt gebruikt.³¹ Een omweg staat op gespannen voet met de efficiëntie en effectiviteit en de finaliteit van de voorgestelde procedure (zie par. 3.1).³² Ook wijst de MvT terecht op de potentiële vereenvoudiging van ‘gewone’ acties omtrent dezelfde gebeurtenis(sen) (zoals in de aandelenleasezaak geschiedde). Voorts kan het instellen van een collectieve actie op zich al reputatieschade voor een verweerder met zich brengen. Wanneer blijkt dat deze vordering lichtzinnig is en ingesteld door een twijfelachtige organisatie die de ontvankelijkheidstoets *light* wel heeft doorstaan, is de naam van de verweerder reeds aangetast. Dergelijke schade dient zo veel mogelijk te worden voorkomen. Overigens zou duidelijk moeten worden of en zo ja hoe in ‘bestaande’ zaken, waarin al collectief is of wordt geprocedeerd, toegang kan worden gekregen tot de nieuwe schadevergoedingsprocedure. Over overgangsrecht wordt in de MvT met geen woord gerept.

Er valt volgens ons veel te zeggen voor de door de groep aanbevolen codificatie van de Claimcode. Deze kent heldere criteria – dit in tegenstelling tot de eerder in het Voorontwerp geformuleerde eisen. De verruiming van lid 6 maakt deze codificatie alsmede de gelijkschakeling van alle acties in de nieuwe procedure aanvaardbaar.³³ De Juristengroep had aanbevolen de voorgestelde strikte ontvankelijkheidstoets los te laten voor organisaties die voor een *bepaald* ideëel doel opkomen en slechts een *beperkt* financieel belang hebben.³⁴ De minister heeft deze uitzondering uitgebreid met een open norm, omdat bepaalde collectieve acties naar hun aard³⁵ niet aan de nieuwe ontvankelijkheidsvoorwaarden zouden kunnen voldoen – de minister geeft het voorbeeld van een collectieve actie om slechts algemene voorwaarden aan te passen.³⁶ Juist wat betreft deze uitzonderingsbepaling is zoveel openheid gerechtvaardigd (en is enige onzekerheid onvermijdelijk). Meer voorbeelden en richtlijnen voor de rechter om te bepalen wanneer aan de verschillende criteria uit lid 6 is voldaan, verdient zeker

20. Rb. Noord-Nederland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4185, r.o. 4.1.27.

21. K. Rutten, Art. 3:305a lid 2 BW schiet zijn doel voorbij!, MvV 2015, afl. 11, p. 326.

22. Rutten 2015, p. 326.

23. Rutten 2015, p. 324. Zie ook Van Boom en Pavillon, p. 792.

24. Rutten 2015, p. 324.

25. Rutten 2015, p. 324. De Juristengroep erkent dit ook maar houdt wel vast aan een codificatie en strikte toepassing van de Claimcode: Aanbevelingen Juristengroep 2015, p. 3.

26. Zie W.H. van Boom, Wetsvoorstel richt zwaar geschat op alle collectieve acties, blogbericht laatst geraadpleegd op 17 maart 2017, willemvanboom.blog/2017/02/27/wetsontwerp-collectieve-schadevergoedingsactie/.

27. E. Bauw & S. Voet, Van stok achter de deur tot keurslijf, NJB 2017/206, p. 244.

28. Tillema 2016, p. 327-346; Bauw & Voet 2017, p. 244. De minister heeft een eenzijdige lezing van dat onderzoek: in de MvT wordt slechts de stijging van het aantal zaken opgemerkt, zie Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 6.

29. Bauw & Voet 2017, p. 244.

30. Bauw & Voet 2017, p. 244.

31. Zie Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 31-32.

32. Zie Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 31-32.

33. Dat acties waarbij lid 6 wordt toegepast ook onderworpen zijn aan de driemaandentermijn waarin concurrerende organisaties zich kunnen melden, vinden wij niet bezwaarlijk. Anders: Van Boom in zijn eerdergenoemde blogbericht (zie noot 26).

34. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 29.

35. Zowel de aard van het gevorderde als de aard van de rechtspersoon of van de achterban kan een reden vormen om een uitzondering te maken.

36. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 29.

aanbeveling,³⁷ maar de rechter moet voldoende discretieruimte behouden om de weg naar een collectieve actie niet onnodig te versperren.³⁸ Lid 6 maakt het keurslijf minder strak en zou naar wij menen voldoende ruimte moeten scheppen voor de bestaande *comply or explain*-benadering.³⁹

De markt voor commerciële belangenorganisaties moet naar ons idee behouden blijven. Uit het Wetsvoorstel kan overigens worden afgeleid dat de minister niet tegen een dergelijke markt is.⁴⁰ De vergunningsplicht voor belangenorganisaties, waar de Europese Commissie en de Raad voor de rechtspraak voor pleiten, wordt immers (terecht) afgewezen.⁴¹ Met de codificatie van de Claimcode probeert de minister slechts de belangenorganisaties met onzuivere motieven te weren en daarmee een signaal af te geven. De mogelijkheid voor de rechter om op grond van lid 6 een organisatie die niet aan de eisen voldoet toch ontvankelijk te verklaren, gaat ook in die richting.

Opvallend tot slot is dat het voorstel de door de Juristengroep aanbevolen tussentijdse toetsing van de kwaliteitseisen door een rechter-commissaris geheel buiten beschouwing laat. Collectieve schadevergoedingsacties zijn wegens hun omvang van lange duur en de kwaliteit van de betrokken belangenorganisatie zou kunnen afnemen in deze periode. Een dergelijke toets draagt bij aan de kwaliteit van de eisende partij gedurende de *gehele* procedure. De door Rutten voorgestelde publicatie van de oordelen van de rechter-commissaris is niet in de Aanbevelingen terug te vinden, maar zou zeker meegenomen moeten worden door de wetgever. Mede door publicatie blijft het *level playing field* in stand.⁴²

Geconcludeerd kan worden dat de minister de Aanbevelingen van de Juristengroep inzake de ontvankelijkheidseisen grotendeels heeft overgenomen en hier goed aan heeft gedaan. De

verruiming van lid 6 ten opzichte van de Aanbevelingen lijkt ons evenwel terecht en de wetgever zou nader moeten benadrukken dat lid 6 ertoe dient om de toegang tot de collectieve actie te waarborgen en genoeg ruimte laat voor een *comply or explain*-benadering. Een laatste kanttekening betreft de hanterbaarheid van de omvangrijke ontvankelijkheidstoets. Lid 6 kent een 'versimpelde' toets waarbij sommige aspecten worden gepasseerd, maar in veel gevallen zal de rechter ervoor moeten gaan zitten. Dit vergt de ontwikkeling van gestroomlijnde werkprocessen waarin de rechter voldoende wordt ondersteund.⁴³

2.2 Exclusieve Belangenbehartiger

De strikte ontvankelijkheidstoets houdt verband met de voorgestelde aanwijzing van een Exclusieve Belangenbehartiger (EBb) (art. 1018e lid 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)) – een figuur duidelijk geïnspireerd door de Amerikaanse *lead plaintiff*,⁴⁴ die door de Juristengroep is aanbevolen.⁴⁵ De Juristengroep heeft geadviseerd een centraal register op te zetten, waar de collectieve schadevergoedingsacties worden geregistreerd en alle belangenorganisaties zich kunnen melden met het verzoek EBB te worden.⁴⁶ Volgens dient de rechtbank de EBB aan te wijzen, op voorwaarde dat de belangenorganisatie ontvankelijk is en het meest geschikt wordt geacht tot behartiging van de belangen van de gehele groep gedupeerden. Dit laatste diende volgens de Juristengroep te worden bepaald door de omvang van de achterban, het vertegenwoordigde financiële belang en andere werkzaamheden voor de vertegenwoordigde gedupeerden.⁴⁷ De EBB zou het exclusieve recht moeten hebben om te procederen in een collectieve actie. Het aanwijzen van een co- of sub-EBb om deelbelangen te vertegenwoordigen behoorde in de Aanbevelingen ook tot de mogelijkheden.⁴⁸ Belangenorganisaties die geen EBB zijn, konden volgens de Aanbevelingen in de gelegenheid worden gesteld door de rechter te worden gehoord, afhankelijk van de aard van de collectieve actie, de belangenorganisatie of de daarin behartigde belangen.⁴⁹

De minister heeft het door de Juristengroep voorgestelde stramien voor een groot deel overgenomen. Binnen twee dagen na indiening van de procesinleiding dient een belangenorganisatie een aantekening te maken in het centraal register van collectieve acties.⁵⁰ Gebeurt dit niet, dan is de betreffende belangenorganisatie alsnog niet-ontvankelijk.⁵¹ Binnen een periode van drie maanden nadat het (eerste) inleidende stuk is ingediend, kunnen ook andere belangenorganisaties meedingen

37. Wel noemt de MvT een voorbeeld uit de Claimcode: de strenge eisen zijn bijv. niet van toepassing op een rechtspersoon die (1) maximaal 1000 deelnemers heeft, waarbij (2) de gemiddelde schade per deelnemer niet meer dan € 1000 bedraagt en (3) de gevraagde bijdrage aan deelnemers maximaal € 100 bedraagt. Zie Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 29.

38. Bauw & Voet 2017, p. 244.

39. De aard van het gevorderde kan er bijv. toe leiden dat een commerciële organisatie de zaak oppakt en niet een grote gevestigde organisatie als de Consumentenbond. Hiervan kan getoet op de kosten van een procedure immers niet worden verwacht dat zij al het collectieve onrecht rechtzetten.

40. Vgl. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 13 en 15-16.

41. Voordeel van een vergunningsstelsel is dat gedupeerden niet het risico lopen dat zij zich inlaten met een organisatie die later niet-ontvankelijk wordt verklaard. De nieuwe ontvankelijkheidseisen beschermen gedupeerden die hun geld geven aan een dergelijke organisatie niet. Zie Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 (2013/396/EU), PbEU 2013, L 201; reactie 11 november 2014, wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie, Raad voor de rechtspraak. en R.M. Hermans, De oorzaken van het niet tot stand komen van collectieve schikkingen in massaschadezaken, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 380.

42. Vgl. Rutten 2015, p. 327.

43. Dat de expertise op dit punt zo veel mogelijk op één plek wordt opgebouwd (de Rechtbank Amsterdam), heeft in dat opzicht evidente voordelen (zie par. 3.1).

44. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 9.

45. Aanbevelingen Juristengroep 2015, p. 6.

46. Aanbevelingen Juristengroep 2015, p. 10.

47. Aanbevelingen Juristengroep 2015, p. 6-7.

48. Aanbevelingen Juristengroep 2015, p. 7.

49. Aanbevelingen Juristengroep 2015, p. 8.

50. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 29-30; art. 3:305a lid 7 BW.

51. Art. 1018c lid 2 Rv.

naar de positie van EBB.⁵² Na de periode van drie maanden wijst de rechter de meest geschikte belangenorganisatie als EBB aan (art. 1018e Rv). De rechter neemt bij deze keuze de omvang van de groep personen voor wie de eiser opkomt (sub a), de grootte van het door deze groep vertegenwoordigde financiële belang (sub b), andere werkzaamheden die de eiser verricht voor de personen voor wie hij opkomt in of buiten rechte (sub c), en eerdere door de eiser verrichte werkzaamheden of ingestelde collectieve vorderingen (sub d) in acht. Tegen deze gerechtelijke beslissing staat geen rechtsmiddel open. De EBB neemt het voortouw bij het voeren van de collectieve schadevergoedingsprocedure, verricht de proceshandelingen en fungeert als aanspreekpunt voor de verweerder.⁵³ Daarbij draagt deze de verantwoordelijkheid om op te komen voor de belangen van de gehele nauw omschreven groep van gedupeerden.⁵⁴ Onduidelijk is overigens wat maakt dat een groep gedupeerden nauw omschreven is. Zeker bij ideële belangen als milieu en volksgezondheid die ons allen aangaan, is het moeilijk om een nauwe omschrijving van de groep gedupeerden te geven.⁵⁵

Slechts op één essentieel punt wijkt de minister af van de Aanbevelingen van de Juristengroep. De belangenorganisaties die niet zijn aangewezen als EBB blijven in het huidige Wetsvoorstel partij in de procedure.⁵⁶ Het niet toelaten van overige belangenorganisaties als partij in de procedure zou strijdig kunnen zijn met het recht op toegang tot de rechter, het recht op hoor en wederhoor en het recht op een eerlijk proces zoals vastgelegd in art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).⁵⁷ De rechter kan in het voorstel tevens beslissen dat de overige belangenorganisaties ook proceshandelingen kunnen verrichten.⁵⁸ In de Aanbevelingen van de Juristengroep werden de overige belangenorganisaties slechts in de gelegenheid gesteld te worden gehoord indien de rechter dit nodig acht.⁵⁹ Of het verschil tussen de Aanbevelingen van de Juristengroep en de keuze van de minister significant is, is zeer de vraag. Het is immers de EBB die in beginsel alle proceshandelingen verricht. Het toelaten van de overige organisaties tot de procedure vormt dan eerder een formaliteit dan feitelijke inspraak.

De mogelijkheid tot het aanwijzen van een EBB is volgens ons een positief element in het Wetsvoorstel wanneer efficiënte en

effectieve afwikkeling van massaschade centraal staat. Eén belangenorganisatie die met de verweerder onderhandelt, zorgt voor een vlotter verloop van de onderhandelingen en de eventueel daaropvolgende collectieve procedure. De uiteenlopende eisen die verschillende belangenorganisaties kunnen hebben, worden gestroomlijnd door middel van de EBB. De schikkingsbereidheid van de verweerder zou daarmee kunnen worden vergroot.⁶⁰

Bij het gekozen stramien kunnen echter de nodige kanttekeningen worden geplaatst. Allereerst rijst de vraag of het fundamentele⁶¹ recht op hoor en wederhoor van gedupeerden die worden vertegenwoordigd door andere belangenorganisaties dan de EBB niet in het gedrang komt. Door het aanwijzen van andere belangenorganisaties als co- of sub-EBB en het toestaan van de overige organisaties als partij bij de procedure heeft de minister, meer nog dan de Juristengroep, evident getracht een middenweg te vinden tussen efficiëntie en effectiviteit enerzijds en het recht op hoor en wederhoor anderzijds.⁶² Of andere partijen ook meer inspraak zullen krijgen in de procedure, zal moeten blijken. Hoeveel inspraak de rechter andere organisaties gunt, wordt volledig aan hem overgelaten. Enkele aanwijzingen van de wetgever zijn op dit punt welkom. De vraag is voorts of het ontbreken van een rechtsmiddel tegen de gerechtelijke beslissing waarbij een EBB wordt aangewezen, niet een te grote inbreuk vormt op de belangen van de overige belangenbehartigers.⁶³

Een tweede kanttekening betreft de voorgestelde criteria voor de selectie van de EBB. Twee van de drie criteria kunnen in potentie worden misbruikt: de omvang van de groep personen voor wie de eiser opkomt en de grootte van het door deze groep vertegenwoordigde financiële belang.⁶⁴ Zo kan het zijn dat de belangenorganisatie die niet over de meeste expertise beschikt, maar wel de grootste achterban en/of het grootste vermogen heeft, wordt aangewezen als EBB. Bauw en Voet wijzen op het gevaar dat 'belangenorganisaties er alles aan zullen doen om zoveel mogelijk gedupeerden, met het grootste financiële belang, aan zich te binden'.⁶⁵ De organisatie die na het ontstaan of bekend worden van de massaschade er het snelst bij is en op effectieve wijze gebruik weet te maken van diverse media, maakt derhalve meer kans om EBB te worden dan de juridisch kwalitatief betere, maar minder op de voorgrond tredende belangenorganisatie.⁶⁶ De *rush to the court* die het Wetsvoorstel probeert te voorkomen met een termijn van drie maanden voor de aanmelding van belangenorganisaties

52. Art. 1018d lid 1 Rv. De periode van drie maanden kan worden verlengd met nog eens drie maanden indien een belangenorganisatie binnen een maand na aantekening van de vordering in het register aangeeft deze extra tijd nodig te hebben (lid 2).

53. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 42.

54. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 44.

55. Zie hierover ook: W.H. van Boom, Wetsvoorstel richt zwaar geschat op alle collectieve acties, blogbericht laatst geraadpleegd op 17 maart 2017, <https://willemvanboom.blog/2017/02/27/wetsontwerp-collectieve-schadevergoedingsactie/>.

56. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 44.

57. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 44-45.

58. Art. 1018e lid 3 Rv.

59. Aanbevelingen Juristengroep 2015, p. 8.

60. Reactie 29 september 2014, wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie, Eumedion; Stapel & Thuijs 2014, p. 188.

61. Vgl. S. Hampshire, *Justice Is Conflict*, Princeton, NJ: Princeton University Press 2000, p. 79.

62. Arons' diversiteitsargument – dat erop neerkomt dat de groep van gedupeerden zodanig divers is dat meerdere eisers in een collectieve procedure noodzakelijk zijn – neigt eerder naar het recht op hoor en wederhoor dan efficiëntie en effectiviteit, zie Arons 2016, p. 87.

63. Bauw & Voet 2017, p. 245.

64. Bauw & Voet 2017, p. 246.

65. Bauw & Voet 2017, p. 246.

66. Zie ook Arons 2016, p. 87.

sluipst dan toch op een andere manier weer de procedure in.⁶⁷ Aan deze eisen zou derhalve nog moeten worden gesleuteld.

Ten derde kan het zo zijn dat de EBB het nemen van risico's tijdens de procedure zal schuwen. Dit probleem speelt ook bij de mogelijkheid om slechts belangenorganisaties met een vergunning toe te laten tot de collectieve schadevergoedingsprocedure. Hoewel de EBB niet de enige partij is bij de procedure, heeft deze in beginsel wel het exclusieve recht tot het verrichten van proceshandelingen. Het zou kunnen zijn dat de EBB vanwege zijn positie geen belang meer heeft een risicovolle handeling te verrichten, terwijl dit wel in het voordeel van de gedupeerden zou zijn.⁶⁸ Het is bijvoorbeeld mogelijk dat een belangenorganisatie meer ziet in een schikking die zo goed als zeker is, dan doorprocederen voor een hoger schadevergoedingsbedrag. Dit laatste heeft als onzekerheid dat de vordering kan worden afgewezen of de uiteindelijk uit te keren schadevergoeding toch lager uitvalt dan verwacht. Een situatie die wellicht een minder grote rol speelt nu de overige belangenbehartigers als procespartij een rol spelen en de handelingen van de EBB beter kunnen monitoren, maar toch niet geheel ondenkbaar is.⁶⁹

Het gevaar bestaat ook dat de EBB het belang van de tot de nauw omschreven groep behorende, maar niet direct bij haar aangesloten gedupeerden niet voldoende in acht neemt tijdens het voeren van de collectieve procedure (hoewel hij hiertoe verplicht is).⁷⁰ Ook kan het zo zijn dat sommige belangenorganisaties meer invloed uit kunnen oefenen op de EBB dan andere, waardoor de EBB wel rekening houdt met de belangen van de gedupeerden van de ene, maar niet met de belangen van de gedupeerden van de andere belangenorganisatie. Uiteraard is dit verschil in belangen relatief, aangezien de gedupeerden bij massaschadezaken samen een nauw omschreven groep vormen en over het algemeen hetzelfde belang hebben. Niettemin kunnen deze belangen op punten verschillen en is het zaak dat een EBB ook rekening houdt met de belangen van de gedupeerden die niet direct door hem worden vertegenwoordigd. Gebeurt dit niet, dan is het niet ondenkbaar dat de overige belangenorganisaties een eventuele schikking zullen tegenwerken (zie par. 3.2).⁷¹

Gelet op de hanteerbaarheid van de procedure rijst ten slotte de vraag hoe de aanwijzing van de EBB zich tot de ontvankelijkheidstoets verhoudt en in welke volgorde deze toets (inclusief de vaststelling van de geschiktheid van de zaak⁷²) en de aanwijzing plaatsvinden. Er is sprake van een zekere wisselwerking tussen beide etappes in het proces. Daar de ontvankelijk-

heidstoets indringend en tijdrovend is, is het allesbehalve efficiënt is om hem op alle meedingende organisaties toe te passen. Dit zou nader moeten worden verduidelijkt.

2.3 Voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer

Net als het Voorontwerp en de Aanbevelingen van de Juristengroep, bevat ook het Wetsvoorstel de eis dat de ingestelde rechtsvordering een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer dient te hebben.⁷³ Dit vereiste is van toepassing op alle collectieve acties.⁷⁴ Bij een onvoldoende nauwe band tussen de collectieve vordering en de Nederlandse rechtssfeer is toelating tot de Nederlandse collectieve schadevergoedingsprocedure in beginsel uitgesloten. De minister heeft in art. 3:305a lid 3 sub b BW van het Wetsvoorstel bepaald dat van een voldoende nauwe band sprake is als de rechtspersoon genoegzaam aannemelijk maakt dat het merendeel van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft (sub i), of als de aangesproken partij in Nederland haar woonplaats heeft (sub ii), dan wel als de gebeurtenis of gebeurtenissen waarop de rechtsvordering betrekking heeft, zich in Nederland heeft respectievelijk hebben voorgedaan (sub iii). Het Wetsvoorstel beoogt zo te voorkomen dat de Nederlandse rechter wordt overspoeld met claims uit het buitenland die niets met Nederland te maken hebben. Zou de procedure een aanzuigende werking hebben, dan kan dit tot een ernstige belasting van de rechtspraak leiden en vergaande financiële gevolgen hebben.⁷⁵ De enkele oprichting van een Nederlandse belangenorganisatie die uitsluitend opkomt voor buitenlandse gedupeerden creëert, gezien de huidige criteria, op zichzelf evident een onvoldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer. Zou een dergelijke oprichting wel een voldoende nauwe band creëren, dan blijft van het doel om aanzuigende werking van claims uit het buitenland te voorkomen weinig over.⁷⁶

Opmerkelijk is dat het Wetsvoorstel een onderscheid maakt tussen de bevoegdheid van de rechter en de ontvankelijkheid van de vordering in een collectieve actie.⁷⁷ Het vereiste van een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer is geformuleerd als *ontvankelijkheidsvereiste* naar aanleiding van het advies van de Staatscommissie IPR en de Adviescommissie BPR.⁷⁸ Er is bewust afgezien van de in het Voorontwerp gekozen bevoegdheidsregel omdat deze op gespannen voet zou staan met het Europese recht en het internationaal bevoegdheidsrecht. Het aankleden van het vereiste als ontvankelijkheidseis zou die spanning wegnemen zonder het beoogde effect ervan te ondermijnen en gehoor geven aan de aanbeve-

67. Vgl. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 35.

68. Vgl. W.H. van Boom, Collectieve handhaving van het consumentenrecht, in: M.B.M. Loos & W.H. van Boom (red.), Handhaving van het consumentenrecht. Preadviezen 2009 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2010, p. 169-170.

69. Vgl. Bauw & Voet 2017, p. 245.

70. Art. 1018e lid 3 Rv.

71. Bauw & Voet 2017, p. 245.

72. Art. 1018c lid 5 sub b Rv.

73. Art. 3:305a lid 3 sub b BW.

74. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 24.

75. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 25.

76. In gelijke zin: Aanbevelingen Juristengroep 2015, p. 10 met verwijzing naar Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026, JOR 2012/51 m.nt. B.J. de Jong (Converium II), r.o. 10.4.

77. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 24-25.

78. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 23.

ling van de Juristengroep om de verenigbaarheid met Europees en internationaal recht te waarborgen.

Uit de MvT volgt dat de ontvankelijkheidseis geen afbreuk mag doen aan het nuttige effect van de Brussel I bis-Verordening.⁷⁹ Onder verwijzing naar het Kolassa-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU)⁸⁰ betoogt de minister dat het interne recht nadere invulling mag geven aan de toegankelijkheid van vorderingen, zolang de werking van het Europese bevoegdheidsrecht voldoende is verzekerd. Volgens de minister is het effect van het voorstel slechts dat een partij geen gebruik kan maken van de collectieve actie of de collectieve schadevergoedingsactie wanneer de verweerder buiten Nederland is gevestigd, de schadeveroorzakende gebeurtenis zich buiten Nederland heeft voorgedaan én het merendeel van de gedupeerden buiten Nederland woont.⁸¹ Dit doet volgens hem niets af aan de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter, waar een partij nog steeds terecht kan als deze bevoegdheid er is. Dat de ontvankelijkheidseis van een voldoende nauwe band geen afbreuk zou doen aan de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter, is naar aanleiding van het Voorontwerp reeds geopend in de literatuur.⁸²

Hier kan echter tegen in worden gebracht dat een territoriaal ingekleurd ontvankelijkheidscriterium wel degelijk bepaalt wie wordt toegelaten tot de collectieve schadevergoedingsprocedure, ongeacht de bevoegdheid van de Nederlandse rechter.⁸³ Het is uiteindelijk aan het HvJ EU om te beoordelen of een dergelijke beperking een belemmering vormt voor het nuttige effect van de Brussel I bis-Verordening.⁸⁴ De minister vermoedt dat dit niet het geval is,⁸⁵ maar wij plaatsen vraagtekens bij de houdbaarheid van deze ontvankelijkheidseis. De verenigbaarheid hiervan met Europees en internationaal bevoegdheidsrecht blijft onzeker, de aanbeveling van de Juristengroep ten spijt.

Een andere vraag is overigens of het openstellen van de procedure voor buitenlandse belangenorganisaties zonder meer

negatief is.⁸⁶ Zolang de effecten van het voorgestelde ontvankelijkheidscriterium op de economie niet zijn onderzocht, weet men niet of de gevolgen voor het vestigingsklimaat of de Nederlandse rechtssfeer nadelig zijn.⁸⁷ Daarbij is de internationale commerciële wereld thans op zoek naar één plek voor de afwikkeling van massaschade.⁸⁸ Wellicht dat Nederland als *magnet jurisdiction* deze positie op zich moet nemen.⁸⁹ Het lijkt erop – ook dit is bij ons weten (nog) niet onderzocht – dat de enge criteria het vestigingsklimaat niet ten goede komen. In Nederland gehuisveste bedrijven zijn zonder meer de dupe in geval van massaschade op internationaal niveau.⁹⁰

3 Finaliteit

3.1 Efficiëntie en effectiviteit

Uit de consultatie naar aanleiding van het Voorontwerp kwam naar voren dat de aldaar geformuleerde procedure te complex en te lang was. De Raad voor de rechtspraak benadrukte dat een reeks van 55 opvolgende (tussen)beslissingen, mondelinge behandelingen en stappen het proces onnodig gecompliceerd en kostbaar maakten.⁹¹ Daarbij werd in het Voorontwerp expliciet aangegeven dat de procedure primair gericht was op een schikking, waardoor de rol van de rechter veeleer een bemiddelende was.⁹² Op verschillende momenten in de procedure waren partijen verplicht met elkaar in overleg te treden om tot een schikking te komen.⁹³ Slechts in het uiterste geval, waarin geen schikking werd bereikt, zou de rechter een schaderegeling opstellen.⁹⁴ Een procedure die partijen primair aanspoort om te schikken en 55 tussenstappen kent die jaren zullen kosten, boet veel aan kracht in.⁹⁵

De Juristengroep stelde derhalve voor om de procedure aanzienlijk te versimpelen en te splitsen in een ontvankelijkheids-

79. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 25; HvJ EU 15 mei 1990, C-365/88, ECLI:EU:C:1990:203, r.o. 22; HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1765, r.o. 3.2.2.

80. HvJ EU 28 januari 2015, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37 (Kolassa/Barclays Bank).

81. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 25.

82. J.M.L. van Duin & R.S.I. Lawant, Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie: ontbrekende schakel of brug te ver?, TCR 2015, afl. 1, p. 14.

83. Hoewel de bevoegdheid van de Nederlandse rechter niet direct in het geding is, heeft het criterium ex art. 3:305a lid 3 sub b onder i BW wel tot gevolg dat in het buitenland door een buitenlands bedrijf gedupeerde inwoners van Nederland niet door de Nederlandse rechter kunnen worden gehoord indien zij een *minderheid* van alle gedupeerden vormen (hoe groot die minderheid ook is). Dat Nederland een klein land is, werkt dan in het nadeel van de eigen inwoners.

84. Aldus de minister, zie Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 25.

85. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 24-26.

86. Onderzoek over de gevolgen voor de economie ontbreekt thans, zie D.J.M. van Abeelen, Een collectieve schadevergoedingsactie in Nederland; met voldoende waarborgen omkleed?, NTBR 2015/3, onder 1; vgl. Kamerstukken II 2008/09, 31762, 4; vgl. A.R.J. Croiset van Uchelen & B.W.G. van der Velden, Het internationale debuut van de Wet collectieve afwikkeling massaschade: shell shocked?, TOP 2009, afl. 7, p. 253-254.

87. Croiset van Uchelen & Van der Velden 2009, p. 252.

88. D.H. Kistenbroker, A.S. Pattison & P.M. Smith, Recent Developments in Global Securities Litigation, Practising Law Institute Corporate Law 2011/1904, p. 622.

89. B.J. de Jong, Een nieuw exportproduct, Ondernemingsrecht 2010/141; Croiset van Uchelen & Van der Velden 2009, p. 252.

90. Zie ook de brief van VNO-NCW, MKB-Nederland en de Consumentenbond, laatst geraadpleegd op 17 maart 2017, <https://www.vno-ncw.nl/brieven-en-commentaren/wetsvoorstel-om-de-afwikkeling-van-massaschade-een-collectieve-actie-mogelijk>. Hierin wordt gewezen op *section 47B(11)*, Competition Act 1998 dat buitenlandse eisers onderwerpt aan een opt-insysteem.

91. Zie, reactie 11 november 2014, wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie, Raad voor de rechtspraak, p. 16.

92. Kamerstukken II 2013/14, 31762, 3, p. 1-3.

93. Vgl. Kamerstukken II 2013/14, 31762, 3, p. 1.

94. Kamerstukken II 2013/14, 31762, 3, p. 9-11.

95. Van Duin & Lawant 2015, p. 10; A.F.J.A. Leijten e.a., Voorontwerp afwikkeling massaschade in een collectieve actie, NJB 2015/1138, onder 3.

fase en een inhoudelijke fase.⁹⁶ Een minder complexe procedure leidt tot meer duidelijkheid voor partijen, biedt een waarborg tegen misbruik van de procedure door zogenaamde uitrookscenario's (lang doorprocederen in de wetenschap dat de wederpartij niet over afdoende financiële middelen beschikt) en zorgt voor een daadwerkelijke 'stok achter de deur'. De procedure die de Juristengroep heeft aanbevolen, laat zich als volgt samenvatten. Nadat de rechter de EBB heeft aangewezen, stelt deze een termijn aan partijen om tot een schikking te komen. Wordt binnen deze termijn geen schikking bereikt, dan krijgt de verweerder de gelegenheid inhoudelijk op de collectieve vordering te reageren bij conclusie van antwoord. De eventuele veroordeling tot schadevergoeding geschiedt in de vorm van een *condemnatoir tussenvonnis*,⁹⁷ dat bindend is voor alle gedupeerden die geen gebruik hebben gemaakt van de opt-out (zie par. 3.2). Pas nadat de collectieve schadeafwikkeling is voltooid, wijst de rechter eindvonnis.⁹⁸ Volgens de Juristengroep dienden procedures waarin zich meer dan één belangenorganisatie meldt,⁹⁹ naar een daartoe aangewezen rechtbank te worden verwezen (acties waarbij zich slechts één organisatie aanmeldt, zouden wel verspreid over het hele land kunnen worden afgehandeld).¹⁰⁰ Deze rechter zal zich bekwaamen in het aanwijzen van een EBB. Vanwege het lokale of regionale karakter van de gebeurtenissen zou deze rechter de zaak ook op een andere locatie kunnen afdoen.¹⁰¹

De minister heeft de procedure voor de collectieve schadevergoedingsactie grondig herzien. De procedure is flink gestroomlijnd vergeleken met die in het Voorontwerp. Allereerst is de procedure conform de Aanbevelingen opgedeeld in twee fasen: een ontvankelijkheidsfase en een inhoudelijke fase.¹⁰² Pas na de eventuele aanwijzing van een EBB vangt de inhoudelijke procedure aan.¹⁰³ Deze inhoudelijke behandeling is wederom opgedeeld in twee fasen.¹⁰⁴ De eerste fase ziet op de vraag of de verweerder aansprakelijk is. De tweede fase ziet op de omvang van de schade en de schadevergoedingsverplichting. Om de schade collectief af te doen wordt gewerkt met schadecategorieën (*damage scheduling*).¹⁰⁵ Zowel de eiser als de verweerder kan door de rechter worden bevolen om een voorstel tot collectieve schadeafwikkeling te doen.¹⁰⁶ De gedachte hierachter is dat de rechter over voldoende informatie dient te beschikken om tot een collectieve schadeafwikkeling te kunnen komen – al dan niet met behulp van een des-

kundige.¹⁰⁷ De momenten van verplicht overleg tussen partijen gedurende de procedure zijn vrijwel volledig komen te vervallen, behalve na aanwijzing van de EBB, waarna de rechter een termijn stelt voor het beproeven van een collectieve overeenkomst.¹⁰⁸ Tevens dient de rechter volgens de MvT waar mogelijk een schikking te stimuleren door middel van schikkingsonderhandelingen.¹⁰⁹ Het uitgangspunt van het Wetsvoorstel blijft wel dat een collectieve schikking in beginsel de voorkeur geniet boven een gerechtelijke procedure.¹¹⁰ De procedure zelf stuurt echter niet langer aan op een schikking.¹¹¹

De Aanbevelingen van de Juristengroep om de efficiëntie en effectiviteit van de procedure te vergroten, zijn met recht grotendeels overgenomen. Onder efficiëntie verstaan wij een extern normatief beoordelingscriterium waarbij het gaat om de maatschappelijke kosten en baten, en vooral of de regeling welvaartsverhogend is.¹¹² Wanneer de rechter de collectieve schadevergoedingsactieprocedure niet kan verwerken, zijn de maatschappelijke kosten evident.¹¹³ Bij een te lange procedure met gedwongen schikkingsmomenten kan het zo zijn dat eisers niet de financiële middelen hebben om door te blijven procederen.¹¹⁴ En wat blijft er over van de 'stok achter de deur' (de rechterlijke schaderegeling) als de benadeelde partij (figuurlijk) wordt gedwongen om te schikken?¹¹⁵ De vraag naar de effectiviteit betreft de doelen van de regeling en de realisering hiervan.¹¹⁶ Het doel, de daadwerkelijke afwikkeling van massaschade, heeft baat bij een slagvaardige rechter en een vlotte procedure. De uit de Verenigde Staten afkomstige tweedeling van de procedure in een ontvankelijkheidsfase en een inhoudelijke fase brengt vaart in de procedure.¹¹⁷ Doordat de rechter niet vooruit hoeft te lopen op inhoudelijke vragen in de ontvankelijkheidsfase, blijft hem veel werk bespaard. De procedure is in zijn geheel minder complex dan die in het Voorontwerp.

Toch valt er op het punt van de efficiëntie en effectiviteit van de door de Aanbevelingen voorgestane en door de minister

96. Vgl. reactie 11 november 2014, wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie, Raad voor de rechtspraak.

97. De collectieve actie zou een vorderingsprocedure en geen verzoekprocedure moeten zijn.

98. Zie ook Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 33.

99. Andere acties kunnen worden afgehandeld door de rechtbank waar de zaak is aangebracht.

100. Aanbevelingen Juristengroep 2015, p. 6-7.

101. Zie ook Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 32.

102. Art. 1018b-1018f Rv (ontvankelijkheidsfase) en art. 1018g-1018i Rv (inhoudelijke fase).

103. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 8; art. 1018c lid 5 Rv.

104. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 5.

105. Art. 1018i lid 2 Rv.

106. Art. 1018i lid 1 Rv.

107. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 51.

108. Art. 1018g Rv.

109. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 7: 'Partijen kunnen daarbij gebruik maken van bestaande instrumenten zoals de preprocesuele compartitie, mediation en de WCAM. De rechter kan partijen hierbij helpen door zo nodig een prejudiciële vraag te stellen aan de Hoge Raad.'

110. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 4.

111. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 48. De regels van de WCAM zijn grotendeels van toepassing, ware het niet dat na de verbindendverklaring een opt-out uitgesloten is. Op dit laatste punt wijkt het voorstel duidelijk af van de aanbevelingen (zie par. 3.2): Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 49.

112. W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely & S.D. Lindenberg (red.), *Rake remedies. Opstellen over handhaving van rechter, naleving van plichten en sanctiëring van verkeerd gedrag in het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 18.

113. Vgl. reactie 11 november 2014, wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie, Raad voor de rechtspraak.

114. Van Duin & Lawant 2015, p. 14.

115. Leijten e.a. 2015, onder 3.

116. Van Boom, Van Dam-Lely & Lindenberg 2011, p. 16.

117. Zie ook I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade*, Deventer: Kluwer 2007, p. 87.

voorgestelde procedure ook zeker wat af te dingen wat de 'klassieke' collectieve actie betreft. De omvang en indringendheid van de ontvankelijkheidstoets doen mogelijk afbreuk aan de vlotte afhandeling van collectieve acties die niet tot de vergoeding van massaschade strekken en bemoeilijken het rechtzetten van door ideële acties aangekaarte maatschappelijke misstanden (zie par. 3.1). Art. 3:305a lid 6 BW laat in die gevallen echter een 'versimpelde' en dus kortere toets toe. Van belang is wel dat de rest van de procedure niet te veel hordes bevat.¹¹⁸

Ten opzichte van het Voorontwerp is de rol van de rechter verduidelijkt: niet de rol van de bemiddelaar, maar die van iemand die een beslissing neemt, staat voorop.¹¹⁹ Het Voorontwerp neigde veeleer naar een ondoorzichtige dubbelrol. Dat deze onduidelijkheid is weggenomen, is positief. Wij kunnen ons overigens niet aan de indruk onttrekken dat de oproep aan de rechter om schikkingen te faciliteren vooral voor de Bühne is. Probeert de Nederlandse civiele rechter gewoonlijk immers niet schikkingen te stimuleren?

Anders dan door de Juristengroep aanbevolen, worden *alle* collectieve procedures geconcentreerd bij de Rechtbank Amsterdam, *ongeacht het aantal aangemelde organisaties*.¹²⁰ De zaak kan na de aanwijzing van de EBB eventueel wel worden doorverwezen naar een andere rechtbank indien het lokale of het regionale karakter van de actie hiertoe aanleiding geeft.¹²¹ De Juristengroep pleitte daarentegen voor het afdoen van de zaak op een andere locatie. Voordeel van die aanbeveling is dat er meer consistentie ontstaat en dat er expertise bij één rechtbank wordt opgebouwd, ongeacht gebeurtenissen van lokale of regionale aard. Voordeel van het voorstel is dat afdoening door lokale rechters voor een zekere binding tussen rechters en procespartijen zorgt. Door te voorkomen dat *alle* collectieve zaken door Amsterdamse rechters worden afgedaan, heeft de minister kennelijk getracht de 'scherpe kantjes' van de gewenste¹²² concentratie te halen.¹²³ De Raad voor de rechtspraak acht dit echter onvoldoende om een 'evenwichtige rechtsonwikkeling' te waarborgen.¹²⁴ In de Aanbevelingen worden alleen acties waarbij zich verschillende organisaties melden bij één rechtbank geconcentreerd. Dit vormt naar ons idee een voldoende waarborg voor een evenwichtige rechts-

ontwikkeling. Dit zou kunnen worden gecombineerd met het voorstel om bepaalde zaken lokaal te laten afdoen na de aanwijzing van de EBB. De opbouw van expertise en de uniforme toepassing van die aanwijzing zijn in het wetsvoorstel voldoende gewaarborgd voor zover doorverwijzing pas na die aanwijzing plaatsvindt.

De vaststelling van de collectieve schadeafwikkeling is voorts, in weerwil van de Aanbevelingen, geen tussenvonnis, maar een eindvonnis.¹²⁵ De aanbeveling was overduidelijk ingegeven door de gedachte de executie van de schadeafwikkeling zo soepel mogelijk te laten verlopen. Volgens de minister past een dergelijke wijze van vonnis wijzen echter niet in het stelsel zoals dat voor alle rechterlijke uitspraken geldt.¹²⁶ Een executieprocedure na het wijzen van een eindvonnis acht hij toereikend.¹²⁷ Dit wagen wij te betwijfelen. Vragen rijzen over waar en door wie deze executiegeschillen kunnen worden aangebracht. Door de rechter een tussenvonnis te laten wijzen en de zaak te laten aanhouden totdat hij een eindvonnis wijst, kunnen executiegeschillen makkelijk bij dezelfde rechter worden afgedaan als deze die de schadeafwikkeling heeft vastgesteld. Een zelfstandige executieprocedure zou kunnen leiden tot decentraliteit van de collectieve actie, wat weer tot een chaotische afwikkeling kan leiden en de efficiëntie en effectiviteit van het voorstel niet ten goede komt.¹²⁸

3.2 Opt-in versus opt-out

Het Voorontwerp ging uit van een tweetal opt-inmomenten vóór en ná de totstandkoming van de rechterlijke schaderegeling.¹²⁹ In geval van een verbindendverklaring van de getroffen schaderegeling conform de WCAM (art. 7:908 lid 2 BW) werd voorts iedere gedupeerde die tot de nauw omschreven groep behoort hieraan gebonden, ongeacht of hij had deelgenomen aan de procedure; tenzij hij van de mogelijkheid gebruik maakte om niet gebonden te worden, het zogenoemde 'opt-ouden'.¹³⁰

De Juristengroep pleitte voor een opt-outsysteem (vooraf en achteraf). Reden hiervoor is de binding van de gedupeerden en de finaliteit die daarmee wordt bereikt voor de verweerder.¹³¹

118. In gelijke zin Van Boom in zijn blogbericht (noot 26). Wellicht zou kunnen worden verduidelijkt dat art. 1018g Rv, gelet op de verwijzing naar art. 7:907 BW, alleen geldt voor schadevergoedingsacties.

119. Vgl. P. Scholten, De methode van het privaatrecht, in: T. Slootweg (red.), Paul Scholten. Dorsten naar gerechtigheid, Deventer: Kluwer 2010, p. 130.

120. Art. 1018b lid 3 Rv.

121. Art. 1018e lid 2 Rv.

122. Hij streeft naar 'maximale coördinatie en (...) een neutrale en centrale plek voor het proces van selectie en de verdere behandeling van de collectieve vordering': Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 35.

123. Raad van de rechtspraak, Nader advies wetsvoorstel afwikkeling massaschade in een collectieve actie, 3 januari 2017.

124. Ook vreest de Raad voor tijdsverlies en is hij beducht voor de hoeveelheid collectieve zaken die wordt ingediend. Wij delen de eerste zorg. Op het tweede punt zou het onderzoek van Tillema de Raad moeten geruststellen: Tillema 2016, p. 337-346.

125. Mochten partijen, voordat de rechter vonnis wijst, toch tot een schikking komen, dan dient de rechter deze goed te keuren conform het voorgestelde art. 1018h Rv. Hierbij gaat het echter niet om de WCAM-procedure, omdat uitstappen niet mogelijk is (zie par. 3.2).

126. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 52.

127. Indien zich problemen voordoen bij de tenuitvoerlegging van dit vonnis kunnen partijen een executiegeschil instellen, aldus de minister. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 52.

128. Prijzenswaardig is dat de juridische status van de in het Voorontwerp gebruikte term 'schaderegeling die algemeen verbindend kan worden verklaard' thans duidelijk is: de rechter wijst een condemnatoir eindvonnis. Van Duin & Lawant 2015, p. 14.

129. Art. 1018g lid 7 Rv (Voorontwerp); art. 1018g lid 9 Rv (Voorontwerp).

130. Van Duin & Lawant 2015, p. 14; de problematiek ten aanzien van het oproepen van gedupeerden om te opt-ouden valt buiten het bestek van deze bijdrage; zie hierover o.a. H. van Lith, The Dutch Collective Settlements Act and Private International Law, Apeldoorn/Antwerpen/Portland, OR: Maklu 2011, p. 77-95.

131. Aanbevelingen Juristengroep 2015, p. 9.

Zowel voor aanvang van de inhoudelijke procedure als bij verbindendverklaring van de schikking zouden gedupeerden volgens de Juristengroep de mogelijkheid van een opt-out moeten hebben.¹³²

Het Wetsvoorstel laat de opt-in vooraf en de opt-in achteraf achter zich en gaat uit van een opt-out direct na de aanwijzing van de EBB.¹³³ Dan hebben gedupeerden behorend tot de nauw omschreven groep personen wier belangen worden behartigd, de enige mogelijkheid om te opt-outen. Doen zij dat, dan zijn zij niet gebonden aan de uitkomst van de collectieve vordering en behouden zij het recht om individueel te mogen procederen. De opt-out geschiedt per schriftelijke mededeling aan de griffie binnen een door de rechter vast te stellen termijn van ten minste één maand.¹³⁴ Van de uitspraak waarin de EBB wordt aangewezen en waarin wordt vastgesteld wie tot de nauw omschreven groep personen behoort, kan men kennisnemen door inzage ter griffie, aantekening in het centraal register voor collectieve vordering en het internet, waaronder de internetpagina van de EBB.¹³⁵ Daarnaast wordt van deze beslissing melding gemaakt in door de rechter aan te wijzen nieuwsbladen en worden bekende gedupeerden ingelicht door de EBB.¹³⁶ Het belang van een duidelijke communicatie naar de nauw omschreven groep personen kan ons inziens niet genoeg worden benadrukt. Is communicatie via nieuwsbladen in een digitaal tijdperk nog wel afdoende? En als van de uitspraak waarin de EBB wordt aangewezen kennis kan worden genomen via het internet, waar kan deze informatie dan worden gevonden? In ieder geval op de internetpagina van de EBB, maar is dit bijvoorbeeld ook een ANP-bericht of een bericht op rechtspraak.nl? Het belang van gebondenheid is voor gedupeerden te groot om niet concreet te zijn over de kennisgeving van het moment van opt-out.

Met de keuze voor een opt-out is de binding van gedupeerden en finaliteit voor de verweerder een stuk zekerder.¹³⁷ Een opt-in stuit op de rationele apathie van gedupeerden.¹³⁸ En aan een opt-in achteraf kleefte het belangrijke nadeel dat het *freeriding* in de hand werkt en de aangesproken partij heel lang in

onzekerheid laat. Toch heeft het door de Europese Commissie aanbevolen opt-insysteem voordelen in termen van rechtstoe-gang.¹³⁹ Een opt-in vooraf heeft als voordeel dat onwetende of onbekende gedupeerden altijd nog een individuele procedure kunnen starten en niet automatisch gebonden worden aan een schaderegeling.¹⁴⁰ Dit geldt ook voor hen die zich niet willen binden en voor hen die de nodige juridische kennis ontberen om de gevolgen van het al dan niet binden in te zien.¹⁴¹ Een nadeel van de opt-out is voorts dat het grote aantal gebonden-nen het risico van *blackmail settlements* vergroot.¹⁴² Dit risico neemt af bij een opt-insysteem.

De minister verwijst bij zijn keuze voor de enkele opt-outmo-gelijkheid louter naar de Aanbevelingen van de Juristengroep, die de opt-out verkiest wegens de wijze van binding van gedu-peerden en de finaliteit die dit meebrengt voor de verweer-der.¹⁴³ Een uitgebreidere motivering van de gemaakte afwe-ging ontbreekt helaas. Een nadere onderbouwing is, gelet op de genoemde Commissieaanbeveling, wel gewenst.

Naast de vrij rigide keuze voor een opt-in of opt-out bestaat overigens een derde mogelijkheid: een flexibel systeem waarin de rechter discretie heeft in het kiezen tussen een opt-in voor-af en een opt-out.¹⁴⁴ De rechter kan in dat geval bepalen welk instrument het meest geschikt is om zo min mogelijk inbreuk te maken op het recht op toegang tot de rechter van gedupeer-den. Anderzijds kan de rechter ook rekening houden met de finaliteit waar de aangesproken partij naar verlangt. Op die manier heeft de rechter de vrijheid om maatwerk te leveren. Er blijft echter wel een zekere rechtsonzekerheid voor partijen bestaan over het toepasselijke regime in hun procedure.¹⁴⁵ Dit nadeel is overkomelijk. De rechter neemt immers het recht op toegang tot de rechter en finaliteit in ogenschouw. Hij zal dan ook voor het regime kiezen dat het beste aansluit bij het geval dat voor hem ligt. Meer zekerheid biedt een wettelijk vastge-legde differentiatie waarbij de keuze voor een opt-out of opt-in (en het tijdstip hiervan) afhangt van bijvoorbeeld de woon-plaats van de gedupeerde¹⁴⁶ of de aard/omvang van de gebeur-tenis(sen).¹⁴⁷

Het Wetsvoorstel kijkt op één essentieel punt af van de Aan-bevelingen van de Juristengroep: na de goedkeuring van een collectieve schikking door de rechter bestaat er geen tweede opt-out-mogelijkheid voor de gedupeerden. Er is na de opt-out voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling geen enkele

132. Aanbevelingen Juristengroep 2015, p. 10.

133. Art. 1018f lid 1 Rv.

134. Een collectieve stuiting van de vordering geldt niet meer voor deze per-sonen. Zij hebben na de opt-out zes maanden de tijd om de vordering individueel te stuiten. Zolang de collectieve procedure nog loopt, wor-den de individuele procedures geschorst op verzoek van de meest gere-de partij, art. 1018m Rv. Arons heeft eerder zijn zorgen geuit over deze schorsing en eventuele strijd met art. 6 EVRM. Zie Arons 2016, p. 88.

135. Art. 1018f lid 2 Rv.

136. Art. 1018f lid 3 Rv.

137. G. van Dijk, C.J.M. van Doorn & I.N. Tzankova, *Individueel of collec-tief procederen bij massaschade? Experimenten naar het effect van opt-in modellen en opt-out modellen op het procesgedrag van benadeelden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 34.

138. Vgl. Arons 2016, p. 88, waarin de gedwongen actieve houding van gedu-peerden juist wordt gezien als een voordeel. Het is echter de vraag of gedupeerden deze houding aan zullen nemen. Tzankova wijst in dit kader op de *status quo bias*, die inhoudt dat gedupeerden de *status quo* (of: default) verkiezen boven verandering. Opt-in staat voor verande-ring. Zie Van Dijk, Van Doorn & Tzankova 2010, p. 52 en 57.

139. Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 (2013/396/EU), PbEU 2013, L 201, onder 24.

140. R. Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems. A Comparative Perspective*, Oxford/Portland, OR: Hart Publishing 2004, p. 37.

141. Mulheron 2004, p. 37.

142. Van Dijk, Van Doorn & Tzankova 2010, p. 101.

143. Aanbevelingen Juristengroep 2015, p. 9.

144. Mulheron 2004, p. 33-34.

145. Mulheron 2004, p. 33-34.

146. Vgl. *section 47B(11)*, Competition Act 1998.

147. Bij *mass disaster accidents* zou bijv. een opt-out en bij *mass exposure acci-dents* een opt-in kunnen gelden.

mogelijkheid meer voor de gedupeerden om zich los te maken van de procedure. Met deze keuze hebben wij moeite. Volgens de minister heeft een opt-out in deze fase geen toegevoegde waarde.¹⁴⁸ Hij volgt de Adviescommissie BPR, die erop wijst dat personen die aan de uitkomst van de procedure zijn gebonden, reeds *tijdens de procedure* de mogelijkheid hebben gehad om eventuele bezwaren tegen een collectieve schikking aan de rechter kenbaar te maken.¹⁴⁹ Het Wetsvoorstel bevat daarvoor adequate waarborgen voor de belangen van gedupeerden. Daarbij biedt het voorgestelde systeem hun volgens de minister een duidelijker keuzemoment dan een systeem waarbij wordt voorzien in een tweede opt-out. De vraag is echter of de figuur van de EBB alle gedupeerden de mogelijkheid biedt om eventuele bezwaren tegen een collectieve schikking aan de rechter kenbaar te maken. Deze verricht immers in beginsel alle proceshandelingen en voert ook het woord in een eventueel schikkingsoverleg.¹⁵⁰ Denkelijk zullen de organisaties die niet tot EBB zijn benoemd hun leden oproepen om te opt-outen (de desbetreffende gedupeerden zullen wel moeten beseffen dat een collectieve actie dan niet meer mogelijk is¹⁵¹).

Een andere, minstens net zo belangrijke, vraag is of een duidelijker keuzemoment een voldoende argument is tegen de voorgaande binding aan *elke* uitkomst van de zaak (afwijzing van de vordering – om welke reden dan ook – schikking of rechterlijke schaderegeling) zonder opt-out. Anders gesteld, weegt het belang van finaliteit op tegen het belang van individuele gedupeerden om toegang tot de rechter te behouden? Volgens ons is de voorkeur voor een systeem met één duidelijk keuzemoment boven een systeem met twee duidelijke keuzemomenten onvoldoende reden om gedupeerden onvoorwaardelijk te binden aan de uitkomst van de zaak, voordat deze inhoudelijk is behandeld.

Een tweede opt-out doet mogelijk afbreuk aan de finaliteit voor de verweerder. Gedupeerden krijgen namelijk een tweede kans zich te onttrekken aan de collectieve procedure. Het is goed denkbaar dat belangenorganisaties die geen EBB zijn en die zich niet kunnen vinden in de uitkomst van de zaak, hun achterban zullen aansporen om te opt-outen. Onderzoek uit de Verenigde Staten waaruit blijkt dat de percentages van gedupeerden die opt-outen niet al te hoog zijn, stelt echter gerust.¹⁵² Ook in Nederland valt het aantal opt-outers wel mee.¹⁵³

Gedurende een collectieve procedure op grond van het Wetsvoorstel kunnen partijen te allen tijde een collectieve schik-

king beproeven.¹⁵⁴ Dat ze dit op het in de wet vastgestelde tijdstip zullen doen, na de aanwijzing van de EBB, maar voorafgaand aan de inhoudelijke fase (art. 1018g Rv), is mede gelet op bovenstaande onmogelijkheid om na de schikking uit te stappen niet heel aannemelijk. Pas bij de inhoudelijke behandeling zal komen vast te staan of de aangesproken partij ook aansprakelijk is, en voor welk bedrag.¹⁵⁵ Voor het beproeven van een schikking ligt het initiëren van een proefprocedure, gevolgd door de (ongewijzigd gebleven) WCAM-procedure inclusief uitstapgarantie, toch meer voor de hand.

4 Wijze raad is halve daad, maar ook niet meer dan dat

De Juristengroep heeft een duidelijke stempel op de nieuwe procedure gedrukt en dit is de kwaliteit ervan ten goede gekomen: veel raad betekent in dit geval ook veel baat. Ten opzichte van het Voorontwerp is het Wetsvoorstel sterk verbeterd. Ten aanzien van de ontvankelijkheidseisen, de EBB en het inkorten van de procedure kan worden geconcludeerd dat de minister er in grote lijnen goed aan heeft gedaan om de Aanbevelingen van de Juristengroep over te nemen. De twee beginselen van 'toegang tot de rechter' en 'finaliteit' komen in het voorstel tot hun recht.

Op bepaalde punten wijkt het Wetsvoorstel naar wij menen ten onrechte af van de Aanbevelingen. Allereerst komt de aanbevolen eis van 'evenwichtige' voorwaarden voor aansluiting bij de belangenorganisatie jammer genoeg niet terug in het voorstel. Ook de tussentijdse toetsing van de kwaliteitseisen heeft het voorstel niet gehaald, terwijl zij in lange procedures meerwaarde heeft (zij het dat zij geen onnodige vertraging mag veroorzaken). Ten aanzien van de concentratie bij de Rechtbank Amsterdam had de minister zaken waarbij zich geen andere organisaties aanmelden beter kunnen laten afdoen door de rechtbank waar de zaak aanhangig is gemaakt (het gaat immers om de expertise ten aanzien van de aanwijzing van de EBB). De vaststelling van de collectieve schadeafwikkeling is voorts, in weerwil van de Aanbevelingen, een eindvonnis, wat het risico op een chaotische nasleep vergroot. Ten aanzien van de opt-out is de minister een stap verder gegaan dan de Juristengroep, terwijl de aanbevolen opt-out al ver genoeg ging. De tweevoudige opt-out uit de Aanbevelingen voorkomt naar ons idee dat proefprocessen gekoppeld aan een WCAM-procedure het zullen overnemen van een 305a-actie, waarin gedupeerden gevangen zitten.

Wijze raad is halve daad, maar ook niet meer dan dat. Sommige afwijkingen zijn zonder meer terecht. De verruiming van art. 3:305a lid 6 BW lijkt ons gerechtvaardigd. Wij wijzen op het belang van lid 6 voor het waarborgen van de toegang tot een effectieve collectieve actie en zouden graag zien dat dit nader wordt onderstreept. De mogelijkheid voor andere organisaties om als partij bij het proces betrokken te blijven, is op

148. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 52.

149. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 52; Advies Adviescommissie BPR, p. 6.

150. Dit laatste komt de schikkingsbereidheid van partijen ten goede.

151. Procederen door middel van volmacht overigens wel.

152. Van Dijk, Van Doorn & Tzankova 2010, p. 34.

153. Uitzondering vormt de Dexia-zaak: I.N. Tzankova, *Funding of Mass Disputes: Lessons from the Netherlands*, *Journal of Law, Economics & Policy* (8) 2012, p. 578.

154. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 10.

155. Tijdens de schikkingsfase kan wel gebruik worden gemaakt van de prejudiciële procedure.

zich positief, al zal de betekenis hiervan nog moeten blijken. Voorts is het laten afdoen van zaken door lokale rechters een goed voorstel (al mag de zaak hierdoor wederom niet te veel vertraging oplopen).

Een aanbeveling die de minister heeft gevolgd en waarvan hij zich beter had kunnen distantiëren, betreft de criteria voor het aanwijzen van de EBB. Hieraan zou nader moeten worden gesleuteld. De strijd tussen belangenorganisaties om een zo groot mogelijke achterban te verwerven werkt toch nog een *rush to the court* in de hand.

Tot slot had de minister op sommige punten verder kunnen denken en gaan dan de Aanbevelingen. De mogelijkheid van een meer flexibel opt-in/opt-outsysteem is het overwegen waard en had nader onderzocht kunnen worden. Ook op het gebied van de financiering van collectieve acties had de minister minder terughoudend mogen zijn (de Aanbevelingen zwijgen op dit punt). De externe financiering van collectieve acties is van groot belang voor de toegang tot de nieuwe procedure en verdient meer aandacht in de wet.¹⁵⁶ Zij zou op constructieve wijze moeten worden ingekaderd en niet bij voorbaat mogen worden belemmerd.

De praktijk zal echter de ware leermeester zijn en tonen of de Aanbevelingen al dan niet terecht zijn overgenomen of terzijde zijn geschoven. We zitten echter slechts aan het begin van het wetgevingstraject en alvorens tot wet te worden verheven, zal het voorstel zeker nog veranderingen ondergaan. Wij hopen hiertoe enkele nuttige suggesties te hebben gedaan.

¹⁵⁶ Vgl. W.H. van Boom & J.L. Luiten, Procesfinanciering door derden, RM Themis 2015, afl. 5.